

Research Article

***The potential of the free zone theory and its application in law and
legislation***

Farzaneh Salem Rahbar¹, Seyyed Mohammad Reza Ayati², Kazem
Rahman Setayesh³

Received: 2023/01/09 Accepted: 2023/09/11

Abstract

One of the most important roles and applications of the free zone theory is its capacity and application in the formulation and enactment of non-fixed laws. The meaning of the zone of freedom is an area in Islamic law that is devoid of a fixed mandatory ruling and the subjects covered by it, due to their evolving and changing nature, belong to non-fixed rulings. Therefore, the law, refraining from establishing fixed rulings in this area, has entrusted the establishment of detailed relevant rules appropriate to the interests and requirements of each period to the ruler and guardian of the Islamic affairs of that period. Among the economic issues raised under the scope of the zone of freedom is the issue of transactions and contract law; a specific type of them, under the title of administrative contracts, is capable of being proposed and examined in this area, mostly due to scientific advances and human needs. In the current era of new technologies and technological advances, the requirements of society and the conditions of time and space require that appropriate developments and innovations have the opportunity to emerge and grow in various fields, including commercial law and administrative contracts. This requires the enactment, establishment, and application of relevant rules by the legislator and the ruler of society, considering the interests and necessities of each individual in society. These results can be introduced as part of the innovative achievements of this research.

Keywords: *The free zone, its capacities and the legislation of laws therein, the basics of transaction law and administrative contracts*

¹ - PhD student, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Research Sciences Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

² - Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Research Sciences Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. (corresponding author) ayati@srbiau.ac.ir

³ - Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Research Sciences Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

مقاله پژوهشی

ظرفیت های نظریه منطقه الفراغ و کاربرد آن در علم حقوق و تقنین
فرزانه سالم رهبر^۴، سیدمحمدرضا آیتی^۵، کاظم رحمان ستایش^۶

چکیده

یکی از مهم ترین نقش ها و کاربردهای نظریه منطقه الفراغ ظرفیت و کاربرد آن در تدوین و تشریح قوانین غیرثابت است. مقصود از منطقه الفراغ، منطقه ای است در شریعت اسلام که خالی از حکم الزامی ثابت بوده و موضوعات مشمول آن به سبب ماهیت متطور و متغیر خود، متعلق احکام غیرثابت قرار می گیرد ولذا شارع با خودداری از وضع احکام ثابت در این حوزه، وضع قواعد مربوطه تفصیلی متناسب با مصالح و مقتضیات هر دوره را برعهده حاکم و ولی امر اسلامی آن دوره نهاده است. از جمله مسائل اقتصادی که در ذیل حوزه منطقه الفراغ مطرح گردیده، مبحث معاملات و حقوق قراردادهای می باشد؛ که نوع خاصی از آنها تحت عنوان قراردادهای اداری، بیشتر معلول پیشرفت های علمی و نیازهای بشری، قابلیت طرح و بررسی در این حوزه را دارد. دربره کنونی که عصر فناوری های نوین و پیشرفت های تکنولوژی است، مقتضیات جامعه و شرایط زمانی و مکانی ایجاب می کند که در زمینه های مختلف من جمله حقوق تجارت و قراردادهای اداری تحولات و نوآوری های متناسبی مجال ظهور و بروز بیابد و رشد کند؛ و این امر مستلزم تقنین، وضع و بکارگیری قواعد مربوطه از سوی مقنن و حاکم جامعه با توجه به مصالح و ضروریات آحاد افراد جامعه می باشد. این نتایج می تواند به عنوان بخشی از دستاوردهای نوآورانه این پژوهش معرفی گردد.

واژگان کلیدی: منطقه الفراغ، ظرفیت ها و تشریح قوانین در آن، مبانی حقوق معاملات و قراردادهای اداری

^۴ - دانشجوی مقطع دکتری، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد علوم تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

^۵ - استاد، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد علوم تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول) ayati@srbiau.ac.ir

^۶ - استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد علوم تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

منطقه الفراغ در یافته های فقیهان نه با این عنوان بلکه با عناوینی همچون مالانص فیه، وضع قواعد تکمیلی و حکم منصوص و غیرمنصوص، مورد اراده تشریحی شارع مقدس قرار گرفته است. مرحوم شهید صدر تعابیری دارد که گاهی به مسائل رو بنائی و گاهی به مسائل زیربنایی و بنیادین تعبیر می کند. مسائل رو بنایی در بیان شهید صدر، احکام الهی همان واجبات، محرمات و... است و مسائل زیربنایی، مبانی همین احکام است. به تعبیر ایشان مجموعه مبانی احکام، تشکیل دهنده مکتب است که یک منظومه فکری را شکل می دهد و بین تمامی این مبانی، یک ارتباط تنگاتنگی وجود دارد و همه این ها از یک نقطه واحد شروع می شوند و آن نقطه واحد، تشکیل دهنده مجموعه این منظومه فکری است. اما اینکه حوزه کاربردی منطقه الفراغ علاوه بر حقوق عمومی در حوزه قراردادهای حقوق خصوصی نیز از چه جایگاهی برخوردار است مسئله ای که هنوز به صورت منسجم کسی بدان پاسخ نداده است. با فحص در یافته های فقیهان و همچنین صاحب نظران حوزه فقه و حقوق به این مسئله دست یافتیم که منطقه الفراغ قراردادهای خصوصی و عمومی متفاوت است. دستاورد نوآورانه این پژوهش ما را بر این نظر رهنمون کرد که منطقه الفراغ حقوق خصوصی در حقوق معاملات ساده، نفع طرفین و عدالت، منطقه الفراغ قواعد تجارت، نفع تجارت و پویایی و دوام آن، منطقه الفراغ قراردادهای حقوق عمومی نفع عمومی باشد. منتها نفع عمومی در قراردادهای واسطه تصدی گری دولت، نفعش باید قابل توجیه باشد. قراردادهای عمومی حوزه مالکیت دولت صرف مشخص شدن مصلحت داشتن و یا بواسطه اذنی که نهاد طرف قرارداد از ولی امر مسلمین به عنوان مصداق اولی الامر دارد، مشخص باشد.

با تبیین پیشینه تاریخی و فقهی این نظریه روشن می شود که هم علمای اهل سنت وهم فقهای شیعه از جمله علامه حلی که از پیشگامان عالمان اصولی شیعه است، به صراحت واژه منطقه الفراغ را بکار برده و آن را به خوبی توضیح داده اند. در پژوهشهایی که انجام شده است حکمت نیا، محمود 1381 در مقاله با عنوان: «تبیین نظریه منطقه الفراغ» به این مسئله اشاره نموده اند که با فرض پذیرش منطقه متحول، هنگامی می توان به این نظریه پایبند بود که یگانه شیوه قانونگذاری، واگذاری آن به «ولی امر» باشد یا دست کم شارع از میان روش های گوناگون، آن را برگزیده باشد.

حسن پور و برزویی 1394 در مقاله ای با عنوان: «واکاوی مزایا و محدودیت های کاربرد نظریه منطقه الفراغ شهید صدر در سیاستگذاری فرهنگی» به معرفی برخی استفاده های ممکن از نظریه منطقه الفراغ و برخی مشکلات تطبیق این نظریه با حوزه سیاستگذاری فرهنگی پرداخته اند.

علی اکبری بابوکانی و آهنگری 1396 در مقاله با عنوان: «بازپژوهی مبانی قانون گذاری در «منطقه الفراغ» نظام فقهی - حقوقی شیعه (با تأکید بر انگاره شهید صدر)» نظریه شهید صدر به مثابه یک سیستم حقوقی و نظام قانون گذاری بررسی شده است و به عنوان راه حلی برای اسلامی سازی نظام تقنینی معرفی گردیده است.

در واقع یکی از حوزه هایی که مغفول مانده و هیچ یک از نویسندگان ذکر شده به آن نپرداخته اند، جایگاه منطقه الفراغ و معرفی اصل منطقه حکومت واضح جدید در حوزه حقوق تجارت و لزوم افتراق بیع ساده و بیع معاملی و همچنین تطبیق این مناطق با قراردادهای حقوق اداری است. بنابراین دستاوردهای این پژوهش براین مبنا اختصاصاً معرفی می گردد.

2- تبیین نظریه منطقه الفراغ

منطقه الفراغ همگام با واژه «منطقه العفو» در مذاهب اسلامی، بر اساس دیدگاهی استوار است که وجود منطقه یا قلمرویی ورای حکم شرعی یا فاقد حکم شرعی را در دین به رسمیت می‌شناسد و با این شناسایی، به حاکم اسلامی اجازه می‌دهد که در برخی مسائل اجتماعی با در نظر گرفتن ضوابط و قواعد، بر پایه اولیات و بدیهیات همراه با در نظر گرفتن نیازهای زمانی و مکانی به وضع قوانین و احکام مبتنی بر نیازهای مورد نظر بپردازد.

برای تبیین بیشتر این نظریه احکام شرعی را به دو قسم احکام ثابت یا الزامی و احکام متغیر (غیرالزامی) تقسیم می‌کنند. در تبیین حقیقت «منطقه الفراغ» می‌توان گفت: منطقه الفراغ در قبال منطقه ثابت است که در آن احکام الزامی غیر قابل تغییر وجود دارد. منطقه الفراغ به حوزه‌ای از شریعت اسلامی ناظر است که خالی از احکام الزامی است؛ در این منطقه شارع وضع احکام و قوانین مناسب با اوضاع و احوال و مقتضیات زمان و مکان را با حفظ ضوابط و در چارچوب معینی به عهده ولی‌امر مسلمین گذاشته است.

پیامبر اکرم (ص) به لحاظ این که افزون بر مبلغ شریعت، ولی‌امر نیز بودند، خود در این منطقه به وضع قواعد دست زده و احکام حکومتی پیامبر اکرم (ص) در این ناحیه است. این احکام حکومتی قابلیت تغییر از سوی اولیای امور بعدی را خواهد داشت.

بنابراین ولی‌امر مسلمین در برخورد با این احکام و روایات حاکی از این احکام، آن‌ها را ثابت ندانسته و می‌تواند با رعایت ضوابطی، خود در این محدوده و با رعایت مصلحت عموم، به قانون‌گذاری دست زند.

لازم به ذکر است که حکم کلی شرعی در موضوعاتی که حکم الزامی وجود ندارد، اباحه است؛ زیرا اصل اولی در افعال، اباحه است نه حظر و منع (مجتبی ملکی اصفهانی، 1379: 80). افزون بر این، حتی اگر در جایی احتمال تکلیف وجود داشته باشد، باز هم اصل برائت شرعی جاری شده، در مرحله عمل، وظیفه‌ای به عهده شخص قرار نمی‌گیرد. (عیسی ولایی، 1387: 72).

شهید صدر اگرچه بر اساس مسلک «حق الطاعة» بر این باور است که مولویت ذاتی خداوند، به اطاعت در تکالیف مقطوع اختصاص نداشته، شامل تکالیف احتمالی نیز می‌شود، (سید محمد باقر صدر، 1418ق: 37). با این حال، با توجه به ادله شرعی از قبیل آیه «لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا» خداوند هیچ کس را جز به مقدار توانایی که به او داده تکلیف نمی‌کند؛ (طلاق: 10). و نیز روایاتی همچون حدیث رفع (محمدحسن حر عاملی، 1409ق: 369)؛ در موارد شک و جهل، تکلیف احتمالی را منتفی دانسته و به لحاظ عملی، حکم برائت را می‌پذیرد (سیدمحمدباقر صدر، 1418ق: 322).

بنابراین، قاعده اولی و اصل عملی در افعال، از جمله موضوعات منطقه الفراغ، اباحه است. ولی‌امر با رعایت ضوابط می‌تواند این اباحه را به حرمت یا وجوب تبدیل کند. شهید صدر در این باره می‌نویسد: هر فعل به لحاظ تشریحی مباح است؛ بنابراین، هر فعالیت و عملی که نص تشریحی بر حرمت یا وجوب آن دلالت نکند، ولی‌امر می‌تواند با دادن صفت ثانوی، از آن منع یا به آن امر کند (سید محمد باقر صدر، 1402ق: 689)

3- پیشینه نظریه «منطقه الفراغ»

در رابطه با پیشینه تالیفات و تحقیقات خارج از کشوری توان از دیدگاه یکی از بزرگان علمای اهل سنت نام برد. دکتر یوسف قرضاوی از منطقه الفراغ تعبیر به منطقه العفو نموده است. وی در توضیح عوامل نرمش و هماهنگی شریعت اسلامی با عوامل زمان و مکان، اولین عامل را منطقه العفومی دانست و این نظریه به خوبی دفاع نموده و می نویسد: "نصوص این منطقه را عمداً خالی گذاشته اند تا مجتهدان آن را به گونه ای که صالح تر و لایق تر به زمان باشد، پر کنند. تقلیل منطقه تکلیف و گستردگی منطقه العفو به صورت تصادفی و بدون توجه نبوده؛ بلکه امری است که مقصود شارع بوده و خواسته شریعت، جاودانه و تطبیق پذیر با هر عصر و روزگار باشد." (یوسف قرضاوی: 1992)

3-1- علامه حلی و نظریه منطقه الفراغ

شاید بتوان گفت اولین فقیه شیعه که واژه منطقه الفراغ را بکار برده و این نظریه را پذیرفته علامه حلی است؛ ایشان در این باره می نویسد: این که عقل مصالح و مفاسد را کشف کند و در تشریح از آن بهره ببرد در صورتی است که مورد از موارد «منطقه الفراغ» باشد یعنی این که در آن مورد شارع حکم الزامی نسبت به فعل یا ترک نداشته باشد. اما اگر شارع در آن مورد حکم شرعی قطعی داشته باشد پس فرد استنباط کننده نمی تواند حکم شارع را با مصالح و مفاسدی که گمان نموده تغییر دهد؛ زیرا در این صورت از قبیل تقدیم مصلحت بر نص خواهد بود و این جایز نیست. ایشان در ادامه می نویسد: حاصل سخن این که وقتی که نصی از شارع داشته باشیم و مورد داخل در منطقه الفراغ نباشد، نمی توانیم و معنی ندارد که مصلحت را بر نص مقدم بداریم و این تقدیم مصلحت بر نص تشریح محرمی است که راهی برای تخلص از احکام شریعت قرار داده اند. سپس به بدعت هایی که در این زمینه به اعتبار تقدیم مصلحت بر تشریحات شرعی اتفاق افتاده، اشاره نموده است. (علامه حلی، 1425، ج 5: 131).

3-2- آیه الله نائینی و نظریه منطقه الفراغ

مرحوم نائینی از فقیهان و عالمان اصولی عصر اخیر است که در کتاب تنبیه الامه و تنزیه المله، تأکید می ورزد احکام مجلس و دولت باید در حوزه احکام شرعی غیر منصوص باشد و در این حوزه است که در زمان غیبت وضع قوانین و احکام به فقها واگذار شده است و مشورت با متخصصان در مجلس شورای اسلامی در این قلمرو صحیح است و در احکام منصوص موضوعیت ندارد؛ در آنجا باید تطبیق شود. (محمد حسن نائینی، 1421)

3-3- شهید صدر و نظریه منطقه الفراغ

شهید صدر در تبیین نظریه «منطقه الفراغ» از علامه حلی پیروی نموده است.

قرآن کریم می فرماید: "الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا"؛ اعتقاد بر این است پیامبر اکرم (ص) دین را کامل کرده اند؛ اما قرآن تفصیلات احکام و بسیاری از خصوصیات را بیان نکرده است، پس معنای الیوم اکملت در آیه شریفه، به ضمیمه فرمایشات پیغمبر اکرم (ص) و به ضمیمه فطرت است. همان چیزی که اصطلاحاً می گوئیم مرجعیت تشریحی اهل بیت (ع).

اهل بیت (ع) در مرجعیت تشریحی شان عمدتاً دو کار را انجام داده اند. اول بیان تفصیلات بسیاری از احکام بود. احکام نماز، زکات، صوم، جهاد، بیع و ... دوم یک سری قواعد عمومی را به جامعه معرفی نمودند.

سوالی که اینجا مطرح می شود اینست که: آیا نظری که بعضی فقهاء می گویند "منطقه الفراغ" چیز جدیدی نیست و همان بحث ما لا نص فیه است. "درست می نماید؟

در جواب باید گفت: خیر. فرق اساسی بحث «منطقه الفراغ» با ما لا نص فیه این است که؛ آنجا حکم صادر شده است اما به دلیل علل و عواملی حکم به دست ما نرسیده است و این می شود ما لا نص فیه.

در اینجا مرحوم شهید صدر می گوید "یک ساحت‌هایی است که به حسب ظاهر، تشریحی از ناحیه ائمه (ع) وارد نشده است که اینجا به حاکم اسلامی، به اقتضاء ظرف زمان و مکان و خصوصیات، اختیار داده شده است که حکم وضع کند؛ (لذا)

فقیه و حاکم اسلامی مدد می گیرد از آن قواعد کلی و در موارد متعددی که در ظرف زمان و مکان پیش می آید حکم وضع می کند." (شهید صدر، 1429: 19)

از ظاهر کلمات شهید صدر برداشت می شود که قلمرو اختیارات حاکم و دولت اسلامی در امور مباح است و در این صورت در فرض وجود مصلحت ملزمه با امر حاکم واجب یا حرام می گردد ولی افعالی که قانوناً و مطلقاً تحریم یا واجب شده باشد قابل تغییر نیست. زیرا فرمان ولی امر با فرمان خدا نباید منافات داشته باشد بنابراین آزادی عمل ولی امر منحصر به اقداماتی است که طبیعتاً مباح باشد و منظور از منطقه الفراغ نیز منطقه ای است که خالی از حکم الزامی باشد، نه این که در این منطقه هیچ حکمی نباشد؛ چه این که هیچ موضوعی نیست که یکی از احکام شرعی بدان تعلق نگیرد.

ایشان این نظریه را اولین بار و به طور مبسوط در کتاب «اقتصادنا» مطرح کرده و مورد بحث قرار داده است (سید محمدباقر صدر، ۱۴۲۹ق: ۱۹).

4- استفاده از نظریه منطقه الفراغ در حقوق و تشریح قوانین

شهید صدر پس از آن که مصلحت را به عنوان مبنا و ضابطه قوانین و احکام حکومت می داند، می نویسد ولی امر باید در پرتو اهداف کلان شریعت که از احکام ثابت به دست آورده و بر اساس منافع و مصالح جامعه، به صدور قوانین و احکام حکومتی که متغیر و متطور هستند، دست یازد.

وی تأکید می ورزد «منطقه الفراغ» نشانگر پویایی، نشاط و توان اندیشه اسلامی در پاسخ گویی به مشکلات همه عصرها و نسلها است و روشی ارائه می دهد که برپایه آن اسلام می تواند ضمن تأمین نیازهای ثابت انسان، همه نیازهای متغیر وی را برآورده سازد.

شایان ذکر است که گرچه مشروح ترین توضیح در این باره در کتاب «اقتصادنا» و درباره مسایل اقتصادی آمده است، اما شهید صدر در برخی از آثار خود به صراحت آن را به همه احکام اجتماعی، اقتصادی و سیاسی و هر قانون و حکم عمومی، بسط می دهد.

ایشان افزون بر تأکید بر عدم مخالفت احکام صادر شده از سوی حکومت با احکام شرعی و قانون اساسی مطابق با احکام شرعی، نکته دیگری را بر آن می افزاید و آن این که احکام متغیر و ولایی باید در پرتو احکام ثابت تفسیر و تحلیل شود؛ شارع مقدس در ضمن بیان احکام ثابت گاه به اهداف مهمی که باید در جامعه تحقق یابد، اشاره می کند و ولی امر و یا

دولت و مجلس که قانونگذاران و مجریان امور کشورند باید احکام متغیر را به گونه‌ای سامان داده و به آن سمت و سو بخشند که زمینه اهداف شارع که در ضمن جعل احکام ثابت بیان شده، برآورده شود؛ به عنوان مثال خداوند متعال در آیه «فَی» که بیانگر یک حکم دائمی است با جمله «کَیْ لَا یَكُونُ دَوْلَةً بَیْنَ الْأَغْنِیَاءِ مِنْكُمْ» تا (این اموال عظیم) در میان ثروتمندان شما دست به دست نگردد! (حشر، 7) به این هدف مهم اشاره می‌کند که نباید گروه خاصی بر ثروتها و اموال سلطه یابند بلکه باید ثروتها تعدیل شده و در میان همه مردم گسترانیده شود.

و نیز آیاتی دیگر از قرآن نشانگر آن است که ارزش‌هایی از قبیل عدالت، برابری و ایجاد روحیه برادری میان مؤمنان از اهداف مهم اسلام است که ولی امر باید در جعل احکام متغیر مصلحت‌های مردم را در پرتو آنها بسنجد و با این سنجش و ارزیابی به جعل احکام حکومتی دست یازد.

روایات مربوط به زکات به روشنی نشان می‌دهد که اسلام صرفاً در پی سیر کردن فقیران به قدر ضرورت نیست، بلکه هدف از جعل زکات آن است که فاصله طبقاتی میان مردم کم شود و قشر ضعیف و نادار به مرحله‌ای از امکانات و رفاه که در خور شأن آنان است، دست یابند. از جمله میرزا حبیب الله خوبی در شرح خود بر نهج البلاغه با توجه به روایتی از امام رضا (ع) زکات را موجب گشایش روزی مستمندان می‌داند. نظیر این بیان در عبارات نهج البلاغه نیز وجود دارد. حضرت ضمن بیان یکی از مصارف زکات، آن را وسیله‌ای برای رفع نیازمندی فقرا و مستمندان می‌داند. (حکمت 252: "والزکاة تسبیب الرزق") بنابراین می‌توان گفت زکات ابتکار اسلام در جهت رفع اختلاف طبقاتی و از بین بردن فقر است (خطبه 192 نهج البلاغه). با توجه به عبارات حضرت در این خصوص، می‌توان نتیجه گرفت که در زکات، افزون بر جنبه فردی، به بعد اجتماعی و اقتصادی آن نیز توجه شده است. (دین پرور، ج 1: 441)

بنا بر اظهارات شهید بزرگوار آیت الله صدر و با استفاده از مبانی ذکر شده می‌توان نظریه منطقه الفراغ را در دو حوزه قراردادهای تجاری و اقتصادی و در کنار قراردادهای حقوق اداری و عمومی مورد مطالعه قرار داد.

4-1- منطقه الفراغ در خصوص وضع قواعد معاملات تجاری و معاملات ساده

می‌دانیم که احکام معاملات در وضع قوانین محکم و استوار مورد اراده تشریحی شارع مقدس قرار گرفته است. چه اینکه معاملاتی نظیر بیع، اجاره و احکام مضاربه و شرکت و امثال آن همگی از وضع قواعد امره جهت جلوگیری از سوء استفاده در بازار مسلمین و حفظ نظم اقتصادی بهره می‌برد. اما با مبانی ذکر شده در خصوص منطقه الفراغ حاکم اسلامی می‌تواند در جایی که اباحه وجود دارد و یا به نحوی مردد است که نمی‌توان بواسطه مسائل شرعی حکم تکلیفی برای یک ماهیت حقوقی وضع نمود، می‌توان بر اساس منطقه الفراغ یک حکم ثانوی برای بعضی از امور یا آثار و احکام بعضی از مسائل نوظهور وضع نمود. در تأیید این دیدگاه شهید صدر، عدم الزام در حوزه تکلیف موضوع مورد وضع را ملاک تعیین احکام بواسطه منطقه الفراغ می‌داند (حکمت نیا: 1381)⁷ و حتی فراتر از آن در بیان شهید صدر اینست که مراد در این‌جا، وجود «نص تشریحی» است؛ زیرا چه بسا پیامبر (ص) به لحاظ مقام ولایت امر، از چیزی نهی یا بدان امر کرده باشد. این امر

⁷ - جهت اطلاعات بیشتر مراجعه شود به

و نهی، نص تشریحی نبوده؛ بلکه حکم حاکم شمرده می‌شود که با وجود شرایطی، قابل تغییر است. (صدر الحلقه‌الثالثه، الجزالثانی: 37)

پیرو این نظریه یک بحث در خصوص وضع قواعد تجاری و لزوم تفکیک آن از وضع قواعد معاملی در حیطه حقوق مصرف کننده وجود دارد که گستره تجارت در جهان امروزی و فرامرزی شدن آن می‌تواند سبب این تفکیک شود. (علیدوستی؛ کشاورز، 1399: 80)

منطقه الفراغ در اینجا می‌تواند گستردگی اباحه قواعد تجاری برون مرزی را کنترل نماید و بهترین و معتدل ترین معیارها را پیش روی واضعان قواعد تجاری قرار دهد. چه اینکه شهید صدر در حوزه اقتصاد به تبیین این نظریه پرداخته است. (اسماعیلی؛ امینی پژوه، 1392: 13)

لازم به ذکر است که دولت اسلامی به لحاظ تنظیم امور اقتصادی و وضع مقررات حقوقی، فقط در جایی که به لحاظ شرعی، حکم وجوب و حرمت وجود دارد نمی‌تواند قانونی وضع کند؛ اما در مواردی که حکم الزامی وجود ندارد، صلاحیت وضع مقررات را دارد. (سلیمی پوربانی؛ همکاران، 1401: 284)

در هم تراز با این وضعیت می‌توان به احکام بیع تجاری ذکر شده در قانون تجارت اشاره نمود. مطابق ماده 2 قانون تجارت هر کس مال منقولی می‌خرد به قصد فروش یا اجاره (یا هر نوع انتقالی که کسب منفعت در آن منظور باشد) اعم از اینکه تصرفاتی در آن شده یا نشده باشد؛ این در زمره بیع تجاری ذاتی محسوب می‌شود. در حقیقت عاملان این عمل عملشان ذاتا تجاری محسوب می‌شود

پس اولین ملاک بیع تجاری و عادی در انگیزه و قصد کسب منفعت ناشی از ارزش افزوده مال خریداری شده می‌باشد. به عنوان مثال عدم آمره بودن قواعد معاملات تجاری از منظر حقوق اسلامی، جز مباحث مربوط به وقوع در ربوی بودن معامله بقیه مباحث معاملات تجاری در حیطه توافق و وضع مقررات بواسطه مقتضیات زمان و مکان قرار دارد. مثلا در خصوص تلف مبیع قبل از قبض اگر منفعت را برای مشتری فرض نمائیم؛ از یک جهت منطبق با موازین تجارت است چه اینکه ریسک عمل تجاری این مطلب را ظاهر می‌نماید که فردی که تجارت می‌کند با فرض خبره بودن که لازمه تجارت است و از طرفی ریسک پذیر بودن که خود لازمه اقدامهای تجاری است همگی موید این معنی هستند که فروشنده ریسک این را می‌پذیرد که اگر مال در اثنای انعقاد قرارداد قبل از تحویل به مشتری بدون اهمال و تقصیر او تلف شد، منافعی برای مشتری باشد چه اینکه لازمه تجارت انتقال فوری و بدون قید و شرط است. پس طرف مقابل تاجر نیز باید این اطمینان را داشته باشد که با قیود تجاری معامله می‌کند و وقتی ثمن معامله را پرداخت می‌کند، باید این اطمینان را داشته باشد که از تضمینات پرداخت خود بهره می‌برد و این یکی از مواردی است که در حیطه اعمال تجاری جای می‌گیرد. از طرفی در معاملات مدنی یا بیع ساده که در حیطه حقوق مصرف کننده قرار می‌گیرد، از این جهت می‌توان منافع را برای فروشنده فرض نمود که بیع به صورت تام محقق نشده است و عدالت این را می‌طلبد که منطقه الفراغ جاری شود و با تطبیق با روایت نبوی مشهور "الخارج بالضمان" منفعت همراه با ضمان است؛ جریان یابد. (ترمذی، بی تا، ج 5: 228؛ نسائی، 1406ق، ج 7: 254؛ ابن ماجه، ج 7: 93؛ نیشابوری، 1408ق، ج 1: 159، حوامده، 2016: 12)

این خصیصه در زمره غیر از توافقات است و منطقه الفراغ می تواند در حوزه بیع تجاری و بیع ساده در حیطه حقوق مصرف کننده به وضع قواعد جدید منجر شود. بنابراین، مناسبت حکم و موضوع، اختصاص به ضمان (پذیرش ریسک و مخاطره) جعلی، اصلی و فعلی که شارع امضاء نموده است، دارد. (نائینی، 1418ق: 232) چرا که پذیرش مخاطره، فرع بر بهره برداری از منافع و بازده ها به عنوان علت غایی در بیع ساده یا همان حقوق داخلی هستند، در حالی که در حقوق خارجی رعایت اصول دیگری همچون اصل تضمین، اصل سرعت و اصل پذیرش مخاطره در اعمال تجاری موید این معنی است که بپذیریم اگر مالی تلف شد و قبل از قبض به دلیل تلف تحویل آن به مشتری متعذر شد، از باب تعهد به نتیجه بودن، منطبق حقوق تجاری بین المللی منافع حادث شده در این مدت را باید برای خریدار با حسن نیت که در تجارت بین الملل این مسئله مفروض است در نظر گرفت. پس این تفکیک میان بیع معمولی در تجارت، و بیع ساده در حیطه منطقه الفراغ است که اجازه بدهد، در خصوص یک وضعیت در بیع تجاری و بیع ساده، دو اثر حقوقی متفاوت جاری شود.

4-2- نظریه منطقه الفراغ در حوزه قراردادهای حقوق اداری

قراردادهای حقوق اداری از مشخصه های معلوم و معینی بهره می برند و این ویژگی ها می تواند در تعریف قراردادهای اداری به کار گرفته شود.

در رابطه با تعریف قراردادهای اداری تقریباً وحدت نظر وجود دارد؛ اما آنچه محل بحث است تبیین ماهیت این قسم از اعمال دوجانبه دولت می باشد. فی الواقع، تدقیق ماهیت مشخص برای قراردادهای اداری از آن جهت اهمیت دارد که نوع نظام حقوقی حاکم بر آنها را ترسیم می نماید.

اشکالی که مطرح می شود، اینست که؛ به اعتقاد برخی از علمای حقوق، قراردادهای اداری از حیث ماهیت، با قراردادهای حقوق خصوصی تفاوتی ندارد؛ زیرا مبنای تمامی قراردادها «توافق اراده طرفین» است و این امر - اگرچه با یک سری تمایزات - در قراردادهای اداری همانند سایر قراردادهای خصوصی، حاصل می گردد⁸؛

پاسخ اشکال اینست که؛ این نظر، قابل پذیرش نیست، با این استدلال که سازمانهای اداری به طور کلی دو نوع قرارداد منعقد می کنند. زمانی که موضوع قرارداد، تأمین هزینه های جاری است، دولت مانند طرف یک قرارداد خصوصی اقدام کرده و مشمول نظامات حقوق خصوصی می شود⁹ ولی زمانی که هدف، اجرای طرحهای عمرانی می باشد به منظور تأمین کالا یا خدمات عمومی، مقررات خاصی، که دولت را در موقعیت ممتازی قرار می دهد، بر تمامی مراحل انعقاد و اجرای قرارداد حکمفرما می گردد؛ در چنین شرایطی است که «قرارداد اداری» منعقد می شود. به طور کلی در قراردادهای اداری، احکام غیر معمول حقوق خصوصی مجراست، این قواعد یا ترجیحی است و به نفع دولت، یا حمایتی است و به نفع اشخاص ثالث. قید و شرط این قبیل مقررات - به هر صورت که باشد - موجب بطلان شرط و حتی عقد خصوصی میشود؛ زیرا برابری طرفین قرارداد را بر هم میزند و لذا ممنوع است. اما قراردادهای اداری، از آنجائیکه بر پایه منافع عمومی استوار است، تساوی طرفین رابطه قراردادی را نقض کرده و شروط برتری را برای طرف دولتی در نظر میگیرد.

⁸ - انصاری، ولی الله، حقوق قراردادهای اداری، تهران، نشر حقوقدان، چاپ چهارم، 1387، ص 47.

⁹ - که به آن قرارداد غیراداری (اداره) گفته می شود.

ما بر این نظریه که مقررات متمایز از اساس، ماهیت قراردادهای اداری را دچار تحول مینماید. برای اثبات این مدعا، لازم است تفاوت‌های ماهوی این قراردادها را به اجمال مورد بررسی قرار دهیم:

اولین تفاوت، محدودیت اصل آزادی تعهدات است. به موجب مواد 10 و 975 قانون مدنی تنها محدودیت انعقاد قراردادهای خصوصی این است که نباید خلاف قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد. اما مقام اداری در انتخاب هم پیمان آزاد نیست، همچنین مکلف است قراردادهای اداری را به صورت کتبی و در فرم‌های خاصی تنظیم نماید.

دومین تفاوت قراردادهای اداری و خصوصی عدم الزام به رعایت اصل نسبی بودن قراردادهاست. در حقیقت در قراردادهای خصوصی روابط قراردادی مهم است که آثارش بر طرفین قرارداد بار شود و اینکه نسبت به سایرین غیر از طرفین قرارداد جریان نمی‌یابد و تکلیفی برای دیگری ایجاد نمی‌نماید. در حالی که قراردادهای عمومی نسبت به افراد غیر طرفین قرارداد نیز ممکن است تسری پیدا نماید. بنابراین در حقوق خصوصی تعهد به ضرر ثالث ممکن نیست و خلاف منطقی و عقل حقوقی می‌باشد. اما در ارتباط با قراردادهای اداری به دلیل مأموریت از حکومت و در چارچوب اوامر حکومتی می‌توان اینگونه تعهدات بر ثالث را توجیه نمود. در حقیقت ماهیتاً قراردادهای حوزه حقوق خصوصی و حقوق اداری نیز تفاوت دارند. چرا که در اینجا حقوق عمومی مصلحت جمعی را بر مصلحت یک نفر ترجیح می‌دهد. (سلیمی پوربانی و همکاران، 1401: 284)

سومین تفاوت در قراردادهای اداری با حقوق خصوصی اینست که اصل لازم‌الاجرا بودن قرارداد در حقوق عمومی به کیفیت قراردادهای حقوق خصوصی نیست و در جایی که اعمال یک طرفه اداره یا نهاد دولتی به نمایندگی از دولت می‌باشد ممکن است یک قرارداد یکطرفه فسخ، یا اجرا شود و یا آنکه در مقام محکومیت به سرعت و قاطعیت حقوق خصوصی اجرا نشود و اینها به پشتوانه منافع عمومی می‌باشد. بنابراین منطقه الفراغ این قراردادها پشتوانه حاکمیتی و منافع عمومی است که می‌تواند منجر به وضع قوانین متفاوت در حوزه قراردادهای عمومی و حقوق اداری با قراردادهای حقوق خصوصی و تجاری شود. در حقیقت در حقوق تجاری منطقه الفراغ می‌تواند حامی وضع قواعد به نفع تجارت و نه تجار باشد. منطقه الفراغ حقوق معاملی ساده در حوزه حقوق مصرف‌کننده، می‌تواند نفع مصرف‌کننده یا طرفین و رعایت موازین عدالت باشد. منطقه الفراغ قراردادهای حقوق اداری می‌تواند نفع عمومی و حاکمیت دولت باشد؛ یعنی در جایی که تصدی‌گری دولت در نهاد معامله‌کننده وجود دارد و ذکر مصلحت در خصوص قرارداد نهادی که در حاکمیت دولت است، معرفی شده. در تمامی این موارد منطقه الفراغ در حوزه ردع یا عدم ردع شارع جریان می‌یابد. در این طریق باید دانست که وضع قواعد در حوزه منطقه الفراغ نباید خلاف مسلمات باشد و از طرفی در تقابل با محضورات شرعی قرار نگیرد. بنابراین در تمامی موارد یاد شده، با توجه به فلسفه و مبانی ایجاد آن نهاد، باید در نظر داشت اگر دارای سابقه شرعی باشند، باید نزدیک‌ترین قواعد به مقصود آن مبانی مد نظر قرار گیرد. پس منطقه الفراغ می‌تواند از قواعد شرعی ذکر شده در خصوص یک موضوع بهره‌مند شود. اما این قواعد، جزء قواعد آمره و اقتضای ذات، برای موضع وضع نیستند بلکه مکمل و مخیره اند. مگر آنکه مبانی فقهی و شرعی در مسائل نوظهور معرف یک مبانی جدید آمره برای موضع وضع جدید باشد.

در نهایت بعضی اینگونه معتقدند که در شرایط کنونی تفاوت‌های موجود میان قرارداد اداری و قراردادهای رایج در حقوق خصوصی (با منشاء فقه شیعه) که به اقتضای اداره بهتر جامعه و تقدم نفع عمومی بر نفع خصوصی ایجاد شده و به طور

کلی ماهیت قرارداد را تغییر داده، به خوبی گواه این مدعاست که با استناد به احکام اولیه و ثابت، تدوین قواعد و مقررات نوین، به منظور حکومت بر قراردادهای مربوط به ارائه خدمات عمومی ممکن نیست (محقق داماد و همکاران: 1398:13).

5- ادله اعتبار قانون گذاری در منطقه الفراغ

ادله اعتبار و حجیت تشریح قوانین در این حوزه متعدد است که دو دلیل مهم آن بیان می شود:

5-1- دلیل عقلی

شهید صدر دلیل عقل را بر سه مقدمه مبتنی می سازد:

مقدمه اول: بی هیچ تردیدی نظام اقتصادی باید بر عدالت اجتماعی استوار باشد. این مقدمه به دو دلیل روشن است: آیات و روایاتی که ما را به برپایی عدالت فرا می خوانند بسیار برایین مطلب تاکید دارند و اینکه حسن عدل و قبح ظلم از مستقالات عقلی است.

مقدمه دوم: چگونگی استقرار عدالت اجتماعی و مصالح عمومی در بستر زمان دگرگون شده و تغییر می یابد.

مقدمه سوم: تنها راه حفاظت از عدالت اجتماعی و مصالح عمومی آن است که این منصب به ولی امر سپرده شود؛ با این حال راه محتمل دیگر آن است که مردم را به خود مردم واگذار کنیم ولی این امر موجب اختلال نظام خواهد شد، هر چند که حضور مردم در تمام عرصه ها در جهت برقراری عدالت لازم است. بنابراین برای تصدی امور امت اسلامی جز ولی امر کسی صلاحیت آن را ندارد. (شهید صدر، اقتصادنا، 1402 ه.ق، ص. 301)

5-2- آیه اولی الامر

یکی از مهم ترین ادله ای که شهید صدر به آن تمسک جسته این آیه شریفه می باشد:

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ» (نساء: 59). ای کسانی که ایمان آورده اید! اطاعت کنید خدا را و اطاعت کنید پیامبر خدا و صاحبان امر را. شهید صدر در استدلال به این آیه چنین بیان می دارد: این نص بر وجوب فرمان برداری از والیان امر دلالت دارد و در این که والیان امر گروهی هستند که در جامعه اسلامی دارای اقتدار و سلطه شرعی بین مسلمین می باشند، اختلافی نیست و اختلاف در شرایط و صفات آن هاست؛ پس مقتدران بلند مرتبه جامعه اسلامی حق دارند در تدبیر امور دخالت نموده و دیگران از آنان اطاعت کنند. (شهید صدر، 1402 ق: 627)

6- کاربست نظریه منطقه الفراغ در علم حقوق و تشریح قوانین

6-1- شناخت احکام ثابت و متغیر

شهید صدر بین احکام ثابت و متغیر تفکیک قائل شده است. ایشان احکام الزامی شریعت یعنی وجوب و حرمت را همان احکام ثابت می داند این احکام در منطقه الفراغ داخل نمی شوند و تغییر نمی پذیرند؛ ولی احکام غیر الزامی را در این منطقه به جهت مصلحت که خود از عناوین ثانویه است تغییر پذیر می داند. پس در منطقه الفراغ فقط احکام غیر الزامی تغییر می کند. شهید صدر در این باره چنین می نویسد:

«انسان به گونه ای آفریده شده که حب نفس و تلاش در جهت نیازمندی‌های خود با ذات او آمیخته شده است؛ بدیهی است در این راه خود را به شدت نیازمند به خدمت گرفتن دیگران می‌بیند، زیرا وی قادر نیست نیازهایش را جز از راه همکاری با دیگر انسان‌ها برآورد. از این رو روابط اجتماعی از دامن نیازها زاده شده و با گسترش نیازها توسعه می‌یابد و به همین خاطر است که زندگی اجتماعی انسان مولود نیازهای انسان است.» (سید محمد باقر صدر، 1402، 317).

بدین ترتیب، نظام‌های اجتماعی و اقتصادی زمانی می‌توانند صحیح و شایسته باشند که هم دارای جنبه ثابتی باشند که نیازهای ثابت را برآورد و هم دارای جنبه‌های متغیر که نیازهای متغیر را در برداشته باشد. از این رو معقول نیست که همه اصول و جزئیات نظام اجتماعی و اقتصادی ثابت باشد، به همان سان که متغیر بودن همه آنها نیز به همین مقدار نادرست و زیان آفرین است.

6-2- شناخت مصلحت

یکی از عناوینی که در فقه و حقوق اسلامی از جایگاه مهمی برخوردار است و در تبیین مفهومی، رابطه آن با احکام شرعی روشن می‌گردد؛ مصلحت است که همه اختیارات ولی فقیه را مشخص می‌سازد.

مصلحت برگرفته شده از واژه صلح می‌باشد. ذیل این واژه در معجم مقاییس اللغة چنین آمده است:

واژه صلح ریشه ای است که معنای آن بر خلاف فساد است و فعل آن صلح یصلح است و مصدر آن صلاح. همچنین صلح با فتحه لام هم خوانده می‌شود. (ابن فارس، 1404ق: 303). صلح خلاف فساد است و مصلحت نیز که از همان ریشه است به معنی خلاف ضرررسانی و خلاف فساد و شر است.

6-2-1- مصلحت به عنوان منبع استنباط احکام (مصلحت در فقه سنی)

مصلحت در دیدگاه برخی از فقهاء اهل سنت که احکام شرع را تابع مصالح و مفاسد واقعی می‌دانند به عنوان یکی از ادله ظنی معتبر برای استنباط احکام شرعی اعم از الزامی و غیر الزامی به کار می‌رود و مبتنی بر این اصل است که در مواردی که نصی از سوی شارع وجود نداشته باشد، فقهاء می‌توانند با توجه به مقاصد پنج گانه شارع مقدس، یعنی مصلحت دین، عقل، نفس، نسل و مال اقدام به صدور حکم نمایند. مصلحت از این منظر به " مصالح مرسله " و " استصلاح " تعبیر می‌گردد و به عنوان یکی از منابع استنباط و اجتهاد به رسمیت شناخته می‌شود. (البوطی، 1412ق: 85). اما فقهای شیعه هرچند وجود مصالح و مفاسد واقعی احکام را می‌پذیرند، قائل به مصلحت مرسله نبوده و معتقدند هیچ فعلی از افعال مکلفین نیست که مصلحت در آن رها شده باشد و شارع حکم آن را به نحو عام یا خاص بیان نکرده باشد. بنابراین مصلحت از ادله ظنی غیرمعتبره تلقی شده و در استنباط حکم کاربردی ندارد. (توکلی، بی تا: 190-195).

6-2-2- مصلحت به عنوان مبنایی برای تغییر احکام شرع

گاهی مصلحت نه در مقام جعل حکم شرعی و نه در مقام اجراء حکم، بلکه در مقام تبدل احکام شرعی مطرح می‌گردد. این نوع از کاربرد مصلحت که مبنای حکم حکومتی است، اساس مشاجرات علمی فراوانی در فقه سیاسی شیعه گردیده و پیامدهای مهمی را نیز به دنبال دارد.

در این خصوص که آیا ولی فقیه حق دارد صرفاً بر مبنای مصلحت، احکام شرعی ثابت را تبدیل کند، الزامی را غیر ملزم و حکم غیر الزامی را ملزم نماید یا خیر؟، به بررسی نظرات برخی از فقهاء می‌پردازیم:

1- شهید صدر (ره) معتقد است که فقیه تنها در محدوده احکام غیر الزامی (منطقه الفراغ) می‌تواند با در نظر گرفتن مصلحت، حکم الزامی صادر نماید. این محدوده از احکام، قلمرو مصلحت اندیشی‌های فقیه و صدور احکام حکومتی است. لیکن این احکام قلمرو خاصی دارد و آن جایی است که حکم شرعی واجب یا حرام نداشته باشیم. در چارچوب "منطقه الفراغ" یعنی منطقه باز، آزاد و خالی از حکم الزامی، احکام متغیر بر طبق مصالح و منافع جامعه از ناحیه ولی امر جعل می‌شوند؛ این منطقه خالی از حکم الزامی است و نه خالی از هرگونه حکمی. چه اینکه هیچ موضوعی نیست که یکی از احکام شرعی به آن تعلق نگیرد."

شهید صدر پس از استدلال بر اینکه ولی فقیه در دوره غیبت، حق تشخیص مصلحت‌ها و قانون گذاری بر اساس آن را دارد، می‌نویسد: "هر کاری که نص شرعی بر حرمت یا وجوب آن نباشد، ولی امر می‌تواند صفت و حکم ثانوی به آن بدهد. پس اگر اواز کاری که مباح است نهی کند، آن کار حرام می‌گردد و اگر به آن دستور دهد واجب می‌شود." (شهید صدر، 1429ق: 678-684).

2- آیت الله صافی گلپایگانی قائلند که تبدل احکام - چه الزامی و چه غیر الزامی - تنها در تبدیل احکام اولیه به ثانویه و با احراز عناوین ثانویه ممکن است و صرف وجود مصلحت بدون ابتنا بر یکی از عناوین ثانویه موجب تبدل احکام شرعی نیست. (صافی گلپایگانی، بی تا: 15).

3- امام خمینی ره معتقدند صرف وجود مصلحت هر چند نشأت گرفته از عناوین ثانویه نباشد، می‌تواند منشأ تبدل احکام گردد. به این بیان که وجوب حفظ نظام اسلامی از احکام اولیه است و دارای چنان مصلحتی قوی است که مقدم بر سایر احکام شرعی است. در صورتی که میان مصلحت نظام اسلامی و سایر مصالح تراحم باشد، هر چند که هیچ یک از عناوین ثانویه موجود نباشد، در تراحم میان این دو حکم شرعی، مصلحت نظام مقدم شده و حکم دیگر موقتاً تعطیل می‌گردد. حکمی که فقیه در این مورد صادر می‌کند حکم حکومتی است و بر مبنای مصلحت جامعه اسلامی، مصلحت اسلام و مسلمین شکل می‌گیرد.

ایشان پس از آنکه محدود بودن اختیارات ولی فقیه به احکام شرعی را رد می‌کنند، از اختیارات گسترده دولت اسلامی سخن می‌گویند و تصریح می‌کنند که هیچ یک از این موارد در چارچوب احکام فرعیه نیست و صرفاً به لحاظ تقدم مصلحت نظام بر سایر احکام در حال اجراست. ایشان می‌فرمایند: تعبیر به آن که اینجانب گفته ام حکومت در چارچوب احکام الهی دارای اختیار است، به کلی برخلاف گفته‌های اینجانب است ... حکومت که شعبه ای از ولایت مطلقه رسول الله (ص) است، یکی از احکام اولیه اسلام و مقدم بر تمام احکام فرعیه، حتی نماز و روزه و حج است. (امام خمینی، 1423ق: 170). بنابراین ایشان "مصلحت نظام اسلامی" را از عناوین اولیه ای می‌داند که حکم مترتب بر آن در صورت تراحم با دیگر احکام مقدم است. مطابق این دیدگاه اهمیت ناشی از مصلحت که ریشه در اصل حفظ نظام و صیانت از منافع عامه مردم، به عنوان مهمترین واجبات دارد، می‌طلبد تا حکومت اسلامی نسبت به اتخاذ سیاستی که تامین مصالح می‌نماید، حتی برخی از احکام را نقض کند.

4- آیت الله جوادی آملی در این باره چنین می‌گوید: "در هنگام اجرای دستورهای الهی، گاه مواردی پیش می‌آید که احکام الهی با یکدیگر تزاخم پیدا می‌کنند؛ در اینجا ولی فقیه برای رعایت مصلحت مردم و نظام اسلامی، اجرای برخی از احکام دینی را برای اجرای احکام دینی مهمتر موقتاً تعطیل می‌کند و اختیار او در اجرای احکام و تعطیل موقت اجرای برخی از احکام، مطلق است و شامل همه احکام گوناگون اسلام می‌باشد؛ زیرا در تمام موارد تزاخم، اهم بر مهم مقدم می‌باشد و این تشخیص علمی و تقدیم عملی، به عهده فقیه جامع الشرایط رهبری است." (جوادی آملی، بی تا: 251).

5- آیت الله مصباح یزدی نیز در توضیح این مطلب می‌گوید: "ولی فقیه از آن رو که به احکام اسلامی آگاهی کامل دارد و مصالح جامعه را بهتر از دیگران می‌داند، می‌تواند اجرای برخی از احکام را برای حفظ مصالح مهم تر متوقف کند. در چنین مواردی، فقیه حکم اسلامی دیگری را اجرا می‌نماید. در این صورت احکام اسلام عوض نشده است، بلکه حکمی مهم تر بر مهم پیشی گرفته و این خود از احکام قطعی اسلام است" (مصباح یزدی، بی تا: 8-10).

نکته قابل توجه آنکه حاکم اسلامی فقط به صورت موقت می‌تواند برای مدتی در هنگام تزاخم احکام و بنا به مصلحت، حکمی را ملغی یا صادر نماید و نمی‌تواند اساس یک حکم مثل حج را تا ابد باطل نماید؛ چون حرام و حلال خداوند تا قیامت ادامه دارد، اما اگر تزاخمی در مقام عمل و اجرا حادث شد، فقیه در مقام تعیین اهم و مهم قرار می‌گیرد.

در هر حال، نظریه شهید صدر، ناظر به اختیارات ولی امر بوده و در رأس آن‌ها بیان‌گر حق صدور احکام حکومتی از جانب اوست، اما در تقریر ایشان از این نظریه، اختیارات خاص ولی امر و دولت اسلامی نسبت به احکام غیرالزامی مورد توجه قرار گرفته است.

6-2-3- مرجع تشخیص مصلحت

ولی فقیه با تتبع در منابع اولیه یعنی ادله اربعه و از جمله کتب حدیثی و با استفاده از عقل - هم به عنوان یکی از ادله اربعه در باب مستقلات عقلیه و هم به عنوان ابزاری برای تشخیص و تمییز و تفکیک مصالح و مفاسد موجود در ادله - در صدد کشف مصلحت موجود در مسائل است. گاه نیز وجود مصالح به طور عمدی در قواعدی کلی بیان می‌شود که بازگرداندن یا یافتن مصادیق و موارد آنها به انشای حاکم اسلامی باز می‌گردد. پس مرجع تشخیص مصلحت کسی جز حاکم اسلامی نیست.

البته به دلیل تفاوتی که در شرایط زمانی و مکانی ولی فقیه در عصر حاضر با شرایط زمانی و مکانی حضرت رسول اکرم (ص)، حضرت علی (ع) و سایر ائمه هدی (ع) وجود دارد؛ در مواردی که مجلس اصرار به قانونی داشته باشد و شورای نگهبان آن را خلاف شرع و قانون اساسی بداند، رکن سومی لازم است تا حقیقت مصلحت و مفسده قانون موجود را بررسی کند و بر اساس آن حکم دهد. این رکن مجمع تشخیص مصلحت نظام است که در ضمن یک حکم حکومتی از سوی حضرت امام ره ایجاد شد.

7- نتیجه گیری:

منطقه‌الفراغ به عنوان ابزاری کارآمد در اختیار ولی امر اسلامی قرار دارد، تا ایشان علاوه بر بکارگیری احکام شرعی اولیه و ثانویه، بر اساس مصلحت هادرچارچوب اهداف کلی شریعت برگرفته از کتاب و سنت، در حوزه منطقه‌الفراغ به تشریح قانون بپردازد. علامه حلی را می‌توان از پیشگامان نظریه منطقه‌الفراغ در میان عالمان شیعی برشمرد. به نظر ایشان این که

عقل مصالح و مفاسد را کشف کند و در تشریح از آن بهره ببرد در صورتی است که مورد از موارد «منطقه الفراغ» باشد یعنی این که در آن مورد شارع حکم الزامی نسبت به فعل یا ترک نداشته باشد. اما اگر شارع در آن مورد حکم شرعی قطعی داشته باشد پس فرد استنباط کننده نمی‌تواند حکم شارع را با مصالح و مفاسد استنباطی تغییر دهد؛ زیرا در این صورت از قبیل تقدیم مصلحت بر نص خواهد بود و این جایز نیست. همچنین مرحوم نائینی از فقیهان و عالمان اصولی عصر اخیر است که در کتاب تنبیه الامه و تنزیه المله، تأکید می‌ورزد احکام مجلس و دولت باید در حوزه احکام شرعی غیر منصوص باشد و در احکام منصوص موضوعیت ندارد و در آنجا باید تطبیق شود. شهید صدر نیز با تأیید دیدگاه مرحوم نائینی در این مورد، محدوده کاربردی و اجرایی منطقه الفراغ را در حوزه سیاسی براساس مصلحت و حکم حکومتی ولی فقیه و نیز کاربرد آن را در حوزه اقتصادی من جمله معاملات و قراردادهای، تبیین می‌نماید. اگر چه شهید صدر (ره) معتقد است که فقیه تنها در محدوده احکام غیرالزامی (منطقه الفراغ) می‌تواند با در نظر گرفتن مصلحت، حکم الزامی صادر نماید. این محدوده از احکام قلمرو مصلحت اندیشی‌های فقیه و صدور احکام حکومتی است، اما از دیدگاه حضرت امام خمینی ره با بررسی مبانی فقهی ولایت فقیه و حکمرانی جامعه، مصلحت، بناء عقلا، ضروریات و احتیاجات عرفی جامعه، مقتضیات زمان و مکان و... منطقه احکام الزامی نیز می‌تواند از باب حکم ثانویه تغییر یابد.

نظریه منطقه الفراغ ظرفیت‌های گوناگونی دارد. در واقع می‌توان از آن در حوزه های فقه سیاسی یعنی حکمرانی، حقوق تجارت و علم اقتصاد بهره جست.

منطقه الفراغ می‌تواند به عنوان یک مبنا در وضع قواعد متمایز معامله در بیع تجارتي و بیع ساده در زمره قراردادهای خصوصی و قراردادهای حوزه حقوق عمومی معرفی گردد. به وسیله منطقه الفراغ نوع وضع قواعد معامله در حقوق تجاری و اقتصادی با مقتضیات زمان و مکان تغییر می‌یابد و این بدلیل اینست که در هر دوره ای رعایت اصول تجارت در عرصه بین المللی بر قواعد مخیره استظهار شده از قوانین فعلی و مباحث شرعی اولویت دارد. البته این ترجیح، ترجیح غیر شرع بر شرع نیست بلکه منطقه الفراغ خود عین شرع است. شایان ذکر است که اجراء نظریه منطقه الفراغ منوط به مصلحت است. مصلحت نه در مقام جعل حکم شرعی و نه در مقام اجراء حکم، بلکه در مقام تبدل احکام شرعی مطرح می‌گردد؛ که اختیاری وضع قواعد حاکم بر قراردادهای با رعایت مصالح و مقتضیات زمان و مکان برعهده حاکم و ولی امر اسلامی است.

نهایتاً با عنایت به جمیع مطالب مطروحه، لازم به ذکر است که توجه به نظریه منطقه الفراغ و شاخصه های آن و توجه به کاربرد آن در علم حقوق و تقنین، این اختیار را برای مقنن فراهم می‌آورد که بتواند در هر دوره ای با توجه به مصالح جامعه و به اقتضاء شرایط زمانی و مکانی، در موقع ظهور و بروز مسائل جدید و مستحدثه، با دقت و سرعت کافی و وافی قواعد و مقررات مورد نیاز جامعه را با لحاظ شرایط داخلی و خارجی تصویب و مشکلات بعضاً لاینحل جامعه را مرتفع نماید.

1. ابن ماجه، محمد (273ق)، سنن ابن ماجه، دارالانوار.
2. ابو الحسين، احمد بن فارس بن زكريا (1404ق)، معجم مقائيس اللغة، عبد السلام محمد هارون، انتشارات دفتر تبليغات اسلامي حوزه علميه قم، قم چاپ: اول.
3. امام خميني، سيد روح الله موسوي (1423ق)، ولايت فقيه، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني قدس سره، چاپ: دوازدهم، قم.
4. انصاری، ولی الله (1387)، حقوق قراردادهای اداری، نشر حقوقدان، تهران، چاپ چهارم.
5. البوطی، محمدسعید رمضان (1412ق)، ضوابط المصلحه فی الشریعه الاسلامیه، دارالمتحدہ، بیروت.
6. الترمذی، محمد بن عیسی (بی تا)، سنن الترمذی، وزارة الأوقاف، قاهره.
7. توکلی، اسدالله، مصلحت در فقه شیعه و سنی، مؤسسه آموزشی پژوهشی امام خمینی، قم.
8. جوادی آملی، عبدالله، ولايت فقيه، ولايت، فقاہت و عدالت، نشر اسراء، قم.
9. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (1425)، نہایۃ الوصول الی علم الأصول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چاپ اول.
10. خوبی، میرزاحبيب الله، منهاج البراعۃ فی شرح نهج البلاغه، المكتب الاسلامیہ.
11. دین پرور، سيد حسين (1394)، دانشنامه نهج البلاغه، ج 1، انتشارات مدرسه، تهران.
12. صافی گلپایگانی، لطف الله، ولايت تکوينی و ولايت تشريعی، انتشارات حضرت معصومه، قم.
13. صدر، سيدمحمدباقر، (1402)، اقتصادنا، دارالتعارف للمطبوعات، بیروت، چاپ شانزدهم.
14. ----- (1418)، دروس فی علم الأصول، الحلقة الثالثة، طبع مجمع انتشارات اسلامی، قم.
15. ----- (1429)، لمحہ فقهیہ تمهيدیہ عن مشروع دستور الجمهوریة الاسلامیة فی ایران، الاسلام یقود الحیاة، انتشارات دارالصدر، قم.
16. عاملی، حرّ، محمد بن حسن (1409)، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، مصحح: گروه پژوهش مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم، چاپ اول.
17. علامه حلّی، حسن بن یوسف (1420)، تحریر الأحكام، مؤسسه الإمام الصادق علیه السلام، قم.
18. قرضاوی، یوسف، 1992، عوامل السعة والمرونة، دارالصحوة للنشر والتوزيع، مصر.
19. مصباح یزدی، محمدتقی، اختیارات ولی فقیه در خارج از مرزها، مجله حکومت اسلامی، ش 1، قم.
20. ملکی اصفهانی، مجتبی (1379)، فرهنگ اصطلاحات اصول، نشر عالمه، قم.
21. نایینی، محمدحسین (1421)، الرسائل الفقهیة، مؤسسه معارف اسلامی امام رضا (علیه السلام)، قم.
22. نائینی، محمد حسین (1421)، تنبیة الامة وتنزیه الملة، مؤسسه معارف اسلامی امام رضا (علیه السلام)، قم.
23. النسائی، أحمد بن شعيب (1406)، المجتبى من السنن، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب.
24. النیشابوری، مسلم بن الحجاج (261ه)، صحیح مسلم، دار الجیل+دارالأفاق، بیروت.
25. ولایی، عیسی، (1387)، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، نشر نی، تهران.

26. آیتی، سید محمدرضا، رحمان ستایش، کاظم، سالم رهبر، فرزانه. (1398). تقنین احکام حکومتی در حوزه منطقه الفراغ توسط ولی فقیه. فصلنامه علمی پژوهش‌های انقلاب اسلامی، 8 (4)، 103-124. doi: 20.1001.1.23222573.1398.8.31.5.1

27. اسماعیلی، محسن، امینی پژوه، حسین (1392)، منطقه‌الفراغ به مثابه نظریه قانون‌گذاری. فصلنامه دانش حقوق عمومی، 2 (5)، 1-20.

266

28. حسن پور، محمد محسن؛ برزویی، محمدرضا (1394)، واکاوی مزایا و محدودیت‌های کاربرد نظریه منطقه الفراغ شهید صدر در سیاست‌گذاری فرهنگی. دوفصلنامه علمی پژوهشی دین و سیاست فرهنگی، 2 (1)، 47-70.

29. حکمت نیا، محمود 1381، تبیین نظریه «منطقه الفراغ»، اقتصاد اسلامی سال دوم، شماره 8.

30. سلیمی پوربانی، حسن، نعیمی، طاهره سادات؛ ربانی موسویان، سید علی (1402). قلمروی حکم حکومتی در در حقوق اداری بر مبنای نظریه منطقه الفراغ. فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، 5 (14)، 281-300.

doi: 10.22034/mral.2022.557991.1340

31. سهیل احمد فضل حوامده، 2016، قاعده الخراج بالضمنان و تطبیقاتها المعاصره، مجله مطالعات علمی علوم انسانی و اجتماعی، شماره 8.

32. علی اکبری بابوکانی، احسان؛ آهنگری، احسان (1396)، بازپژوهی مبانی قانون‌گذاری در «منطقه الفراغ» نظام فقهی - حقوقی شیعه (با تأکید بر انگاره شهید صدر). فصلنامه علمی - پژوهشی حکومت اسلامی، 21 (4)، 133-158.

33. علیدوستی ناصر، کشاورز علی، بازشناسی مبانی شرط تضمین سود در مضاربه و مشارکت مدنی، فصلنامه دین و قانون ۱۳۹۸؛ ۷ (۲۳): ۷۷-۱۰۶.

34. محقق داماد، دکتر سیدمصطفی، نیازآبادی، مهدی؛ عرب، بهاره. (1398)، تأثیر نظریه منطقه الفراغ بر کلیات حقوق قراردادهای خاص به قراردادهای اداری. فصلنامه تحقیقات حقوقی، ()، - . doi: 10.22034/jlr.2020.184575.1518